

La desestatización de la función jurisdiccional en los procesos concursales de las entidades de intermediación financiera y de valores*

De-nationalization of the Jurisdictional Role in the Bankruptcy Proceedings of Financial Intermediary and Securities Institutions

*Roberto Figueredo Simonetti***

figueredosimonetti@hotmail.com

RESUMEN. El presente trabajo trata sobre los cambios introducidos por las leyes 18401 y 18627, que confiaron los procesos concursales de bancos, bolsas de valores y otras personas afines a personas jurídicas que no integran el Estado. Esto supone una violación a la Constitución, que indica taxativamente qué sujetos pueden desarrollar la función jurisdiccional, y la establecen como un cometido exclusivo del Estado, a cargo, en principio, del Poder Judicial. Estas innovaciones legislativas inconstitucionales afectan los derechos procesales de deudores y acreedores concursales, al extremo de ver comprometida la existencia misma del debido proceso, el que no puede asegurarse fuera de los tribunales estatales designados por la Constitución.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional. Derecho procesal. Derecho administrativo. Derecho concursal. Debido proceso. Banco Central del Uruguay. Personas públicas no estatales.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en Derecho. Aspirante a profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

ABSTRACT. This paper deals with the changes introduced by Laws 18.401 and 18.627, which entrusted the bankruptcy proceedings of banks, stock exchanges and other related persons, to non-governmental entities. This is a violation of the Constitution, which specifies who are the subjects that may develop the Jurisdictional role, establishing it as an exclusive performance by the State, mainly by the Judiciary. These unconstitutional legislative innovations affect the procedural rights of debtors and creditors in bankruptcy, to the point of compromising the existence of the Due Process, which cannot be assured out of the State courts designated by the Constitution.

KEYWORDS. Constitutional Law. Procedural Law. Administrative Law. Law of Bankruptcy Proceedings. Due Process. Central Bank of Uruguay. Public Non-Governmental Legal Entities.

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** La función jurisdiccional y su ejercicio por el Estado. 2.1. La función jurisdiccional como cometido esencial del Estado. 2.2. Jurisdicción y Poder Judicial en la Constitución. 2.3. El ejercicio de la función jurisdiccional fuera del Poder Judicial. **3.** El proceso concursal y la función jurisdiccional. 3.1. La naturaleza de los procesos concursales. 3.2. La necesaria tramitación jurisdiccional de los concursos. 3.3. Los procesos concursales bancarios y de otras personas afines. **4.** Las inconstitucionalidades de la ley 18401. 4.1. La ley 18401 y la evolución legislativa de los procesos concursales de las instituciones de intermediación financiera. 4.2. Una persona pública no estatal ejerciendo un cometido esencial del Estado. 4.3. La falta del debido proceso en las liquidaciones de la COPAB. 4.4. Un régimen recursivo deficiente. 4.5. La supresión de un acto estatal por una entidad no estatal. **5.** Las inconstitucionalidades de la ley 18627. 5.1. Una nueva atribución de funciones jurisdiccionales al Banco Central. 5.2. Habilitando el ejercicio de la función jurisdiccional por un titular indefinido. 5.3. Una inseguridad jurídica lesiva de los principios del debido proceso. **6.** Conclusiones. **7.** Esquema.

1.

INTRODUCCIÓN

Las leyes 18401, de 24 de octubre de 2008, y 18627, de 2 de diciembre de 2009, han creado un nuevo fenómeno de inquietante, aunque aparentemente inadvertida, gravedad: la transferencia de la función jurisdiccional a sujetos de derecho que no integran la organización estatal ni siquiera en el sentido más amplio de la expresión.

Estas reformas no solo son violatorias de la Constitución sino que además suponen una grave lesión a las garantías de los involucrados en los procesos concursales relacionados, a la luz de la imparcialidad e independencia de que deben gozar los órganos jurisdiccionales para tutelar los derechos de las partes, puesto que dichas cualidades dejan de estar presentes cuando se comete, o se intenta cometer, el ejercicio de la *iurisdictio* a personas jurídicas que no forman parte del Estado.

De esta manera, la ley 18401 cometió la liquidación de las entidades bancarias, entre otras personas, a la Corporación para la Protección del Ahorro Bancario, mientras que la ley 18627 creó la posibilidad de que la liquidación de las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores pueda ser hecha por entidades privadas, sin mayor precisión.¹

Esta situación exige un análisis para demostrar la antijuridicidad de los cambios legislativos introducidos, y sus negativas consecuencias, en un ámbito tan delicado y de importancia nacional como el de los bancos y otras actividades financieras conexas.

¹ A estas tres entidades se refiere el título del trabajo cuando las llama colectivamente *entidades de intermediación de valores*, para comprender así a los sujetos comprendidos en los artículos 108 y 106 de la ley 18627.

2.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU EJERCICIO POR EL ESTADO

2.1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO COMETIDO ESENCIAL DEL ESTADO

Desde hace siglos ha existido consenso en que la función jurisdiccional debe ser ejercida por entidades estatales. Hasta los liberales clásicos siempre sostuvieron que era un deber exclusivo del Estado la protección de su ordenamiento jurídico.²

La explicación de ello radica en que la función jurisdiccional es la forma más eficaz que tiene el Estado para defender el derecho objetivo.³ La trascendencia de la sentencia se basa en el pronunciamiento que hace en un caso concreto sobre quién actuó a derecho y quién no, y al efectuarlo materializa, en su posibilidad de ejecutarse forzosamente, el triunfo de la juridicidad sobre quien la desconoció o pretendió desconocerla. Y no solo ello, esa declaración estatal, una vez llegado el momento procesal oportuno, resulta virtualmente inmovible para el futuro, al adquirir la calidad de la cosa juzgada.⁴ Ello significa, que cuando es bien ejercida, con jueces instruidos y competentes, y tribunales eficaces e imparciales, se convierte en la forma suprema de hacer valer los derechos subjetivos, puesto que una vez la sentencia es *resjudicata* (o incluso antes en el caso de la Ejecución Provisional),⁵ se puede requerir el auxilio de la fuerza estatal para hacerla valer, en aplicación del principio de autoridad,⁶ el que se deriva del poder como elemento esencial de la persona estatal. Tales características fueron las que dieron origen al desarrollo de los derechos de acceso a la

² “The second duty of the sovereign, that of protecting, as far as possible, every member of the society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice, requires, too, very different degrees of expence in the different periods of society” (SMITH, Adam: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN20.html#B.V>), cap. 1: “Of the Expences of the Sovereign or Commonwealth”, 29/4/2011).

³ “Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe solo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento” (COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo: B de F, 2002, p. 33).

⁴ Salvo la notable excepción del recurso de revisión previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso.

⁵ Artículo 260 del Código General del Proceso.

⁶ Véase el artículo 168, n.º 23, de la Constitución, los artículos 1 y 4 de la ley 15750, y los artículos 21.3, 371 y 374 del Código General del Proceso.

jurisdicción, y a la tutela jurisdiccional efectiva,⁷ que indudablemente están comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.

Visto lo que está en juego, los tribunales que ejercen dicha función deben ser independientes de las injerencias de otros órganos estatales, y los titulares de sus cargos deben actuar con imparcialidad, para que el fallo sea representativo del ordenamiento jurídico y no de los intereses de las partes, gestionantes o terceros. Es por ello que el ámbito natural donde debe ejercerse la jurisdicción es dentro del Estado, y en un poder independiente, a tal extremo que se la puede calificar como una *función esencial*.⁸

Ello es así porque solo de esta manera se puede organizar una pluralidad de órganos jurisdiccionales, que sean independientes y que cuenten con un sistema institucionalizado de control sobre sus decisiones y sus integrantes, y que además tengan el poder de *imperium* para imponer lo que hayan sentenciado. Lo anterior solo puede darse si se forma parte del aparato estatal, pues solo de esta forma se pueden asegurar de hecho y de derecho las condiciones para una correcta administración de justicia.

Por ello, COUTURE definió a la Jurisdicción como:

[...] la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.⁹

2.2. JURISDICCIÓN Y PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN

Así entonces, la Constitución regula minuciosamente la organización de la función jurisdiccional detallando claramente su ejercicio, el cual solo puede ser realizado por el Estado¹⁰ *stricto sensu*.

En efecto, nuestro máximo acto jurídico de derecho interno ha optado por la vía más segura y garantista a la hora de establecer cómo se debe ejercer la jurisdicción en la República, y la norma más importante en este sentido, es la contenida en su artículo 233:

⁷ “El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico” (COUTURE: o. cit., p.37).

⁸ “Las funciones esenciales son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos por el mismo [...]” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 1953, p. 56).

⁹ COUTURE: o. cit., p. 34.

¹⁰ “La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no puede reconocerse como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción” (ibídem, p. 33).

El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Salvando el error léxico del constituyente, al referirse al Poder Judicial, cuando debería haberse referido a la función jurisdiccional,¹¹ la norma citada define con una claridad y sencillez admirables los órganos que puede declarar el derecho con calidad de cosa juzgada en la República. Y ellos son solo aquellos que integran un sistema orgánico denominado Poder Judicial, separado de los otros poderes del Estado y de los órganos de control independientes. La Constitución en este artículo, y en interpretación ordenada por el *principio de especialidad de las personas públicas*, determina taxativamente los órganos a los que el cuerpo electoral ordenó ejercer la función jurisdiccional, y por ende, salvo otra norma constitucional expresa (como se indicará *ut infra*), ni el legislador ni el administrador pueden desplazarla de aquellos sin violar la Constitución.

Ello tiene un fundamento, y es que si el constituyente prevé un poder exclusivamente dedicado a una función jurídica como es la jurisdiccional, permitir que por actos infraconstitucionales se estableciesen órganos con funciones similares significaría poder burlar fácilmente el sistema de garantías y controles previsto por la Constitución. Nótese que la norma mencionada solo permite que la ley, en coherencia con el artículo 18 de la *lex fundamentalis*,¹² regule la forma en que la ejercen, pero no abre al acto legislativo la posibilidad de instituir otros órganos extrajudiciales para que también la desempeñen.

Esta norma, junto con los artículos 72 y 82, y el elenco de disposiciones sobre el estatuto de los jueces, conforman un verdadero escudo de la función jurisdiccional, puesto que aseguran qué órganos la ejercen, las potestades de estos, su independencia, las cualidades de sus titulares y las formas de control sobre ellos.¹³ Es por eso, entonces, que cualquier ley que busque retacear el ámbito competencial del Poder Judicial transfiriendo sus competencias constitucionales a otros órganos distintos a los previstos por la Constitución es inconstitucional.

Sin embargo, no se puede obviar que la misma Constitución confirió atribuciones jurisdiccionales a otros órganos que no integran el Poder Judicial, como la Cámara de Senadores (artículo 93), la Corte Electoral (artículos 77, n.º 4, y 322) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 307). Lo expuesto *ut supra*, respecto al ejercicio pri-

¹¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho público*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, p. 87.

¹² Artículo 18 de la Constitución: “Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”.

¹³ “A fin de garantizar la idoneidad, imparcialidad y la independencia de los órganos jurisdiccionales se establecen, ante todo, requisitos constitucionales para ser Juez” (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., p. 333).

mordial de la función jurisdiccional, se mantiene incólume ante lo señalado, porque estas excepciones al artículo 233 de la Constitución provienen de la propia Carta, y no de actos jurídicos inferiores.

En conclusión, el arquitecto de la función jurisdiccional es el constituyente. Este ordenó al Poder Judicial, es decir, al Estado, la persona pública mayor, que efectuase el ejercicio mayoritario de la función jurisdiccional, y comisionó a otros órganos su desempeño en ámbitos específicos. Fuera por ende de dichas excepciones expresas, la función jurisdiccional debe ser ejercida exclusivamente por los órganos que integran el sistema orgánico llamado Poder Judicial, dado que este es el principio en la materia.¹⁴

Por lo tanto, en virtud del *principio de jerarquía normativa* inherente a las disposiciones constitucionales, cualquier norma legislativa o administrativa que otorgue atribuciones jurisdiccionales a órganos o personas diferentes a los señalados por la Constitución, y en la medida dispuesta por esta, es inconstitucional.¹⁵

2.3. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL FUERA DEL PODER JUDICIAL

Sin perjuicio de lo anterior, el Poder Legislativo históricamente ha violado las disposiciones constitucionales al permitir que otros órganos que no integran el Poder Judicial ejerzan la función jurisdiccional.

La mayoría de estas desviaciones consistió en permitir que la competencia jurisdiccional en ciertas materias fuese ejercida en sede administrativa. Así, y solo a vía de ejemplo, pueden señalarse los casos de la ley 5377 (función jurisdiccional a cargo de la Dirección General de Impuestos), el artículo 21 de la ley 8733 (Registro Único de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos¹⁶), de los artículos 66, 72 y 99 del decreto-ley 10326

¹⁴ “Sus competencias no necesitarían estar por consiguiente, a texto expreso en la Constitución sino que tratándose de la función que le está asignada en principio, es decir, la función jurisdiccional, todos los actos jurisdiccionales le corresponderán al Poder Judicial aun en los casos en que la Constitución no se los atribuya especialmente salvo que haya, justamente, una atribución expresa a otros órganos” (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., p. 86).

¹⁵ Al decir de Real, citado por Tarigo: “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas” (TARIGO, Enrique, “Teoría general de los procesos voluntarios”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 48).

¹⁶ “Lo que resulta francamente censurable es convertir en Juez al Registrador. La función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial, no a la Administración, y por ello me parece claro que el registrador no puede fallar cuando se suscita contradictorio (art. 24, inciso 2.º). Aun fuera del contradictorio el registrador debe apreciar si se produjo la mora del deudor (lo que supone un juicio de derecho) y la resolución del contrato tiene lugar en ‘vía administrativa’. Parece, pues, que los arts. 22, 23 y 24 son parcialmente inconstitucionales” (GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1971, pp. 151-152).

(Código de Organización de los Tribunales Militares),¹⁷ el artículo 46 de la ley 10597 (Consejo Honorario del Impuesto a las Ganancias Elevadas) y del artículo 257 de la ley 13318 (Contencioso Aduanero).

Pero no solo se ha encomendado función jurisdiccional por vía legislativa al Poder Ejecutivo, sino que también ha sido atribuida a los entes autónomos, concretamente el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Central de la República,¹⁸ punto en que se profundizará *ut infra*, puesto que hace al fondo del presente trabajo.

3.

EL PROCESO CONCURSAL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

3.1. LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS CONCURSALES

El proceso concursal puede ser conceptualizado como aquel destinado a la satisfacción colectiva de los acreedores de un deudor imposibilitado de pagarles, mediante la liquidación de sus bienes individuales, la reorganización de su empresa o su enajenación a título universal.

Más allá de calificarlo previamente como un proceso, es posible cuestionar si siempre que un órgano conoce en un concurso de acreedores está ejerciendo función jurisdiccional o no, y para poder dilucidar esa cuestión debe primeramente tomarse partido sobre otra polémica procesal, la de si los procesos voluntarios realmente implican el ejercicio de la función jurisdiccional.¹⁹

En efecto (y sintetizando al máximo), la doctrina clásica entiende que la función jurisdiccional se limita solamente a los procesos contenciosos, reputando a los voluntarios como manifestaciones de la función administrativa, atribuidas al Poder Judicial en virtud de la voluntad legislativa y que le pueden ser removidas y devueltas al Poder Ejecutivo

¹⁷ A este respecto, debe tenerse presente lo dispuesto por la ley 18650, la que en la norma programática del artículo 27 prevé el pasaje de la Justicia Militar al Poder Judicial.

¹⁸ Atento a que en este trabajo se busca plantar la inconstitucionalidad de ciertas normas vinculadas a la actividad de intermediación financiera, se referirá al ente regulador en la materia por su nombre constitucionalmente correcto según lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución.

¹⁹ A los efectos de esta parte del trabajo, y sin poder profundizar suficientemente en el punto, se reputará contencioso aquel proceso en el cual se decide una contienda suscitada entre dos o más partes, a la que se pone fin con un acto pasible de cosa juzgada, la sentencia. Los procesos voluntarios serían aquellos en los que se busca una declaración judicial sobre una cierta cuestión, promovida por uno o más gestionantes, sin que exista litigio alguno, y en los que las providencias a ser dictadas, debido a la naturaleza del asunto, no son nunca *res judicata*.

(u otra persona pública estatal) en forma discrecional.²⁰ Por su parte, existen otros autores que proponen un concepto más amplio de función jurisdiccional, que abarca a la voluntaria, de acuerdo al cual la tramitación de los procesos voluntarios no podría realizarse en sede administrativa.²¹

En el caso en particular del proceso concursal se han elaborado varias interpretaciones sobre su naturaleza:²²

1. Siempre es un proceso contencioso.
2. Siempre es un proceso voluntario.
3. Es voluntario en el caso del concurso necesario y voluntario cuando es el deudor quien pide su concurso (artículos 454 del Código General del Proceso y 11 de la ley 18387).
4. Será voluntario o contencioso según las actitudes procesales del concursado.

De acuerdo a lo reseñado, y según la posición que se adopte, tanto respecto a la naturaleza de la jurisdicción como del proceso concursal, este puede implicar el ejercicio de la función jurisdiccional en todos los casos, en ninguno o en ambos en forma alternativa.

¿Qué consecuencias trae tomar partido por una posición u otra? Por ejemplo, si se entiende que el concurso es siempre, o al menos eventualmente, voluntario, y se sostiene que los procesos voluntarios son de naturaleza administrativa,²³ no habría ningún inconveniente constitucional para que órganos administrativos conociesen en ellos. De acuerdo a dicha interpretación, las leyes que le dieron competencia concursal al BROU y luego al BCR sobre los bancos, removiéndola de la esfera judicial, serían totalmente acordes con la Constitución, puesto que mediante ellas el legislador habría operado la *intercambiabilidad* inherente a la función administrativa ejercida en los procesos voluntarios.

Por otra parte, si se entiende que el concurso es siempre contencioso, o que la función jurisdiccional comprende de principio la jurisdicción voluntaria, dichas normas serían inconstitucionales puesto que se habrían otorgado atribuciones jurisdiccionales a dos entes

²⁰ “Pero lo que aquí ha querido ejemplificarse es que esta intercambiabilidad entre proceso voluntario (judicial) y procedimiento administrativo solamente ha resultado posible, y legítimo, en la medida en que en el proceso voluntario no se ejercita la jurisdicción [...]” (TARIGO: o. cit., p. 48).

²¹ PARTELI, María Cristina: “Proceso voluntario”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 171-172.

²² FRESSIA, María Gloria: “Proceso concursal”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 210-212.

²³ “La Jurisdicción voluntaria integra la función administrativa del Estado” (PARTELI: o. cit., p. 173).

autónomos, sin norma de la Carta que lo habilite. Lo señalado será de particular interés cuando se analice la inconstitucionalidad de las leyes 18401 y 18627 *ut infra*.

3.2. LA NECESARIA TRAMITACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONCURSOS

Si bien no es posible resolver definitivamente una cuestión procesal de tamaño trascendencia en esta oportunidad, es necesario tomar una posición para poder proseguir con el trabajo, y la que se propondrá difiere de las reseñadas previamente.

En lo personal, son indiscutibles las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, y es posible admitir que la primera constituya la verdadera función jurisdiccional en sentido estricto, atento especialmente a la definición del artículo 6 de la ley 15750.²⁴ Por ende, no hay problemas para reconocer que en los procesos voluntarios se está ejerciendo función administrativa, en un sentido estrictamente material. Pero lo que no resulta admisible, sin perjuicio de que existen prestigiosas opiniones en contrario, es la ya mencionada libre intercambiabilidad entre los órganos que pueden entender en los trámites voluntarios, o, en otras palabras, la discrecionalidad legislativa de asignar al Poder Judicial o a otro órgano el poder-deber de conocer en dichos asuntos.

Ello es así por una razón de formalidades garantistas. Se puede afirmar que, en puridad, tal vez el proceso voluntario, aunque tramitado por cuerpos jurisdiccionales, implique ejercer función administrativa, pero ello no permite, al menos de principio, trasladar libremente a los órganos del Poder Ejecutivo o de otras personas públicas, estatales o no, su desempeño, puesto que dichas entidades carecen del sistema de garantías inherentes a los órganos jurisdiccionales.²⁵

En efecto, el fundamento para asignarle al Poder Judicial y no al Ejecutivo la gestión de ciertos trámites radica en las garantías que implica que quien controla la legalidad de estos sea un tercero independiente²⁶ y sin interés alguno en el asunto, algo que no existe cuando la

²⁴ Artículo 6 de la ley 15750: “Es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada. Es competencia la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales de una misma materia. La prórroga de jurisdicción está prohibida”.

²⁵ Arlas, citado por Tarigo, expresaba: “La actividad que desarrolla el juez en el proceso voluntario tiene la misma naturaleza que la que despliega en general la administración [...]. Lo único que explica que estos actos administrativos se realicen por un juez y con forma de proceso es la mayor garantía que el legislador ha querido darles, convencido sin duda de su mayor trascendencia”. La cita continúa señalando: “[...] nada obsta a que ellos se quiten de la esfera judicial y se practiquen por las autoridades administrativas”. Como se ve, se comparte plenamente lo expresado en la primera parte, pero se discrepa con la posibilidad legítima de remover la jurisdicción voluntaria del Poder Judicial en forma discrecional (TARIGO: o. cit., p. 40.)

²⁶ COUTURE: o. cit., p. 44.

función administrativa la ejercen los órganos administrativos. Por ello, el legislador no puede a su arbitrio remover el conocimiento un asunto voluntario de la esfera del Poder Judicial, puesto que dicho asunto, por su propia naturaleza, requiere de un órgano independiente para garantía de los gestionantes y de los terceros.

Lo anterior supone admitir que ciertos trámites no contenciosos, aunque impliquen ejercer función administrativa, no pueden ser conducidos por órganos del Poder Ejecutivo o de otras personas públicas descentralizadas, reconociendo que, en un sentido amplio, la función jurisdiccional abarca no solo los procesos contenciosos, sino aquellos que, si bien materialmente suponen funciones administrativas, atento a lo delicado de su objeto, requieren el amparo de las formas y estructuras jurisdiccionales. Basta leer los artículos 2 y 5²⁷ del decreto 500/91, y sus homólogos de otras personas descentralizadas, para apreciar cómo aun desde el ámbito administrativo, y en normas de derecho positivo, se reconoce la eficacia garantista de las formas procesales.

Por ello, aun cuando se adhiera a la posición clásica sobre la función jurisdiccional, y aun cuando se considere que los concursos, en forma total o parcial, pertenecen a la categoría de los procesos voluntarios, no es posible sostener que el legislador puede otorgarles competencias concursales a los entes autónomos, a las personas públicas no estatales,²⁸ y mucho menos a las personas de derecho privado. Los únicos órganos que pueden conocer en dichos procesos son los del Poder Judicial, y toda norma que menoscabe esta competencia, atribuida ni más ni menos que por el constituyente, es, fuera de dudas, inconstitucional.

La naturaleza de lo que se dilucida en un proceso concursal exige una tramitación absolutamente garantista y transparente, que solo puede proveerse en el marco de los órganos que ejercen función jurisdiccional, órganos independientes absolutamente de los demás poderes,²⁹ y de los similares de su propio sistema orgánico, que proveen un tercero imparcial, regido por el ritual del debido proceso, con un complejo y amplio sistema de recursos impugnatorios, que asegura que se respeten los derechos del concursado y de sus acreedores. Estas garantías no existen, ni pueden existir, en sede administrativa, en virtud del vínculo jerárquico (sin perjuicio de la autonomía técnica, como modalidad de la centralización), de

²⁷ Artículo 5 del decreto 500/91: "Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso, de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República. Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones".

²⁸ "La actuación del tribunal es siempre la de un órgano dotado de autoridad, sea en el proceso contencioso, sea en el proceso voluntario. Los actos del tribunal tienen el sentido y el alcance de actos de autoridad, de disposición, o de ordenamiento, que otorgan a los particulares la garantía de su emanación de un órgano del Estado" (TARIGO: o. cit., p. 41).

²⁹ Artículo 1 de la ley 15.750: "El Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo son independientes de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones".

los mecanismos de control de descentralización o de la descentralización, y por el interés natural que el administrador mantiene en los asuntos en que entiende.

El desarrollo anterior tenía como objetivo demostrar que, más allá de las posiciones que se tuviese sobre la naturaleza del concurso atento a lo que está en juego en él, el patrimonio de un deudor y la satisfacción de los derechos patrimoniales de sus acreedores, su tramitación corresponde solamente a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, integrantes del Estado, persona pública mayor. Por ello, las leyes 18401 y 18627, que les dan atribuciones concursales a sujetos que no integran el Estado, significan una violenta y lesiva violación de la Constitución, que recorta las competencias judiciales y pulveriza las garantías a las que tienen derecho los involucrados, según designio del constituyente, puesto que no solo removieron una función que fue asignada a un poder específico, sino que, siendo un cometido esencial del Estado, la extrajeron totalmente de este.

3.3. LOS PROCESOS CONCURSALES BANCARIOS Y DE OTRAS PERSONAS AFINES

Sin perjuicio de lo anterior, se ha planteado un debate internacional a la hora de determinar si cometer la labor concursal de las instituciones de intermediación financieras y afines a un órgano jurisdiccional o administrativo.³⁰

Existen varios motivos para optar por una vía u otra. A favor del camino jurisdiccional se señala la protección de los derechos de las partes al entender en el concurso un órgano imparcial, en un proceso garantista, según lo señalado *ut supra*. En contrapartida, los partidarios de que sean órganos administrativos los encargados de esta tarea entienden que la necesidad de que una crisis bancaria se resuelva con rapidez para mitigar la expansión de sus efectos exige necesariamente la vía administrativa, a cargo de una entidad con amplios conocimientos en materia bancaria (de los cuales los jueces carecen generalmente), como un banco central u otra persona especializada.

Los fundamentos de la vía administrativa, con la consiguiente creación de un procedimiento concursal exclusivo para las entidades bancarias, son en sí mismos atendibles,

³⁰ “Si se comparan los distintos sistemas legales, uno generalmente encuentra dos modelos: en el primero, el Poder Legislativo adoptó reglas especiales para un procedimiento de insolvencia bancaria, administrado por el regulador o la agencia de protección de depósitos. Este es el caso en Canadá, Italia y Estados Unidos. El segundo modelo, que es el que prevalece en Europa, está basado en el marco concursal general, y administrado por los órganos jurisdiccionales concursales. Dado que el manejo de los procedimientos concursales en Europa es tradicionalmente una función judicial, existe cierta reticencia a transferir parte de dichas funciones judiciales al supervisor bancario” (traducción libre del trabajo de Eva Hüpkens: *Insolvency – why a special regime for Banks*, en <http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/hupkes.pdf>, 29/3/2011)

porque las consecuencias de la insolvencia o iliquidez de un banco no son las mismas que las de cualquier otro deudor, dadas las graves consecuencias que generan sobre toda la economía.

Pero si bien el fin que se busca lograr con esta vía, más expeditiva *a priori*, debe ser recogido por el ordenamiento jurídico, no todos los medios son admisibles para ello, y menos cuando los escogidos son lesivos de derechos constitucionales. Por ello, en nuestro derecho al menos, la vía administrativa concursal, sea de una entidad de intermediación financiera o de valores, o incluso de cualquier otra, es inconstitucional.

El Poder Legislativo debe producir actos legislativos para satisfacer las necesidades de los habitantes, pero siempre previo paso por el filtro de la constitucionalidad. Si hay que crear una vía concursal veloz y efectiva habrá que hacerlo, pero se deberá encomendar a los órganos que la Constitución señaló, los judiciales, preparándolos especialmente para que puedan satisfacer esa necesidad.

Sin embargo, tradicionalmente nuestro legislador no siguió ese razonamiento, y al menos desde 1938, con la ley 9756, hasta 2008, con la ley 18401, los concursos bancarios han estado fuera del Poder Judicial, en manos de autoridades administrativas, y pasaron, merced a este último acto legislativo, a la órbita extraestatal, como se verá.

Por su parte, y gracias a la reciente ley 18627, dicho sistema de liquidación administrativa fue extendido a sujetos no comprendidos previamente: las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores, por lo que el legislador, habiendo removido con la ley 18401 la competencia liquidatoria del Banco Central respecto de las entidades de intermediación financiera, volvió a conferírsela, pero respecto de estos nuevos sujetos.

4.

LAS INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY 18401

4.1. LA LEY 18401 Y LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS PROCESOS CONCURSALES DE LAS INSTITUCIONES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

La ley 18401 creó una nueva persona pública no estatal, la Corporación para la Protección del Ahorro Bancario (COPAB), y le transfirió en su artículo 15, literal C y 17, li-

teral J, las competencias concursales, liquidatorias en la terminología legal,³¹ sobre entidades de intermediación financiera que le correspondían al Banco Central.

De esta manera este acto legislativo se incorporó a la histórica lista de leyes inconstitucionales que privaron al Poder Judicial de la potestad para entender en los concursos de las instituciones bancarias, mediante la instauración de las liquidaciones administrativas, establecidas con el objeto de que la resolución de las crisis bancarias se obtuviese en una vía más rápida que la jurisdiccional.³² Así, el Poder Legislativo una y otra vez retaceó las potestades judiciales al transferírselas primeramente y en forma parcial al BROU (ley 9756) y luego al BCR (a través de la ley 13608, y en especial la ley 13892,³³ los decretos-leyes 14332 y 14446, 14672, 14774, 15322, la ley 17523 y finalmente la ley 17613), y si bien no se puede dejar de reconocer que el legislador buscó de esta manera acompañar nuestro ordenamiento jurídico a las tendencias internacionales,³⁴ el hecho de que una determinada normativa sea ampliamente extendida en derecho com-

³¹ En la legislación aplicable el término que se usa para referirse a los procesos concursales bancarios es el del *liquidación*, lo cual tiene su explicación histórica en el hecho de que este era el proceso concursal de las sociedades anónimas, según lo dispuesto por la ley 2230 (nacida precisamente para regular el concurso del Banco Inglés del Río de la Plata) y el artículo 452 del Código General del Proceso en su redacción anterior a la ley 18387. Dado que dicho tipo social fue el utilizado por y posteriormente exigido (artículo 17 del decreto-ley 15322) para las instituciones bancarias, los procesos concursales de estas se continuaron llamando liquidaciones. Una vez que se cometieron al BROU y al BCR, para indicar el cambio de la naturaleza de los órganos competentes, se las renombró como *liquidaciones administrativas*. Nuri Rodríguez expresó: “Del contexto de la Ley y, en especial, del inciso 2 del artículo 14 de la Ley 17.613, se desprende que la norma se aplica en las situaciones en que por Ley deba procederse a un proceso concursal” (RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y otro: *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 6, “Derecho concursal uruguayo”, tomo 3, “Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 185). En derecho comparado se había consagrado, en el artículo 3 de las Normas para la Liquidación de Bancos e Instituciones Financieras y demás Empresas Relacionadas Sometidas al Régimen de Liquidación Administrativa de Venezuela, un concepto legal de liquidación administrativa que coincide en lo medular con la noción misma de proceso concursal: “Conjunto de operaciones jurídicas y contables, destinadas a la realización del activo en forma expedita y a pagar gradualmente el pasivo del banco, y demás instituciones financieras, hasta la concurrencia de sus activos, con la finalidad de extinguir sus negocios sociales pendientes, atendiendo al orden de prelación previsto en el Artículo 398 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras”.

³² “El carácter administrativo de los procesos de liquidación de las instituciones financieras, lo cual lo diferencia substancialmente de los procedimientos similares de las demás sociedades comerciales, se sustenta en la importancia que representa para el Estado la solución expedita a los problemas inherentes a la vida social de los bancos y demás instituciones financieras. Vecchis asegura que la justificación de la naturaleza administrativa de los procedimientos de liquidación de las instituciones financieras descansa también en la complejidad y naturaleza de las operaciones que desarrollan las mismas. Así, nos indica el mencionado autor que ‘la circunstancia de que la fase operacional del procedimiento se desarrolle preferentemente en el terreno administrativo agiliza, sin duda, la gestión de un activo extremadamente fraccionado y de las numeraciones relaciones, no casualmente definidas de masa, que mantiene una entidad bancaria’” (MUCI FACCHIN y otro: *Regulación bancaria*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 278).

³³ Respecto de la ley 13892, Nuri Rodríguez de Olivera expresó: “La Ley quitó competencia a los Juzgados que venían entendiendo en las liquidaciones, concordatos o moratorias de los bancos comprendidos en sus disposiciones. Se dispuso la clausura de todos los procedimientos pendientes y se extrajo de la órbita judicial —normalmente competente en los procesos concursales— todo lo relativo a las liquidaciones de aquellas instituciones” (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: *o. cit.*, p. 427).

³⁴ Aunque se conocen antecedentes que se remontan, cuando menos, hasta 1864, como en el caso de la National Bank Act de Estados Unidos, resulta particularmente interesante que ya en esa fecha se creara un procedimiento administrativo de liquidación bancaria, cuando Uruguay conoció su primer banco recién en 1857.

parado no obra de circunstancia atenuante de su inconstitucionalidad. Por ello puede afirmarse que reiteradamente nuestro legislador tropezó varias veces con la misma piedra, en lo que respecta a la liquidación administrativa de los bancos y demás entidades de intermediación financiera.³⁵

Pero con la ley 18401 tropezó con una piedra aún mayor, puesto que agravó dicho menoscabo al Poder Judicial al extraerle una competencia suya fuera del ámbito del Estado, aun en sentido amplio. Con las leyes anteriores se había otorgado función jurisdiccional a entes autónomos, los que, si bien son personas jurídicas diferentes de la del Estado, persona pública mayor, integran su concepto en su expresión más amplia. Aunque lo anterior era inconstitucional, *al menos* permitía retener el ejercicio de la función jurisdiccional dentro del Estado *latu sensu*.

La ley 18401 agravó la patología legislativa, permitiendo que un cometido esencial del Estado, el ejercicio de la función jurisdiccional, fuese llevado a cabo por una persona que no integra su organización.³⁶ De esta manera, y de acuerdo a la nueva normativa, hoy en día contamos en nuestro país con órganos jurisdiccionales que no solo no pertenecen al Poder Judicial, sino que no son parte del Estado en su expresión más amplia. Lo anterior significa que el legislador entendió que lo que durante cientos de años los académicos de la economía y el derecho sostuvieron que era inherente a la propia naturaleza del Estado, sin cuyo desempeño no podía reconocerse como tal, era prescindible. Pero si bien el legislador puede tener diferencias con los intelectuales, no puede tenerlas con el constituyente.³⁷

³⁵ Como expresó Nuri Rodríguez: "De acuerdo al artículo 14 de la Ley 17.613, el Banco Central del Uruguay tienen facultades que, en el proceso concursal, se atribuyen a Jueces, Síndicos y a las Juntas de Acreedores" (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: o. cit., p. 442.)

³⁶ La decisión legislativa de encomendar la protección del ahorro bancario a una persona no estatal pudo haber estado inspirada en soluciones de Derecho Comparado, como la de la Federal Deposit Insurance Corporation, una *government chartered corporation* de Estados Unidos, la que, salvando las distancias, tiene una naturaleza jurídica similar a las personas públicas no estatales de nuestro derecho, en cuanto es creada por acto legislativo estatal, no integra su personalidad jurídica y tiene cometidos de interés público. En efecto, esta institución, al igual que la COPAB, tiene a su cargo la administración de los seguros de depósitos del sistema bancario estadounidense, y es la encargada de conocer en los procesos concursales de los bancos, excluyendo a cualquier otro órgano jurisdiccional, según lo dispuesto en la Federal Deposits Insurance Act.

³⁷ "La estatalidad, como régimen jurídico impuesto por la Constitución a ciertas organizaciones o a ciertas actividades, no puede ser descartada por el legislador; así ocurre, naturalmente, con los sistemas orgánicos integrantes de la persona jurídica mayor Estado o de los Gobiernos Departamentales, previstos en la propia Carta, y también con las Administraciones descentralizadas cuya existencia la Carta, impone, o con las actividades que ella pone necesariamente a cargo de las mentadas entidades estatales" (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *Sobre derecho administrativo*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 284).

4.2. UNA PERSONA PÚBLICA NO ESTATAL EJERCIENDO UN COMETIDO ESENCIAL DEL ESTADO

Es necesario comenzar ahora con el análisis de la ley. Los problemas se inician con el artículo 15, literal C:

(Cometidos). Serán cometidos de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario, que cumplirá mediante el ejercicio de las potestades que se le asignan en esta ley, los siguientes: [...] Ser liquidador en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus respectivas colaterales.

Con este artículo se removió la competencia liquidatoria del Banco Central que le había sido asignada por el decreto-ley 15322, en la redacción dada por la ley 17613. Para poder llevar a cabo este cometido, y completando la norma citada, la misma ley en su artículo 16, literal J, expresa:

Como liquidador de instituciones de intermediación financiera, serán suyas todas las atribuciones que le fueron asignadas al Banco Central del Uruguay en el Capítulo II de la Ley N.º 17.613, de 27 de diciembre de 2002, artículos 14 a 21 inclusive.

De esta manera, la COPAB sucede al BCR como liquidador de entidades de administración financiera, y al hacerlo todo el reproche de inconstitucionalidad que se le podía hacer a la ley 17613 se contagia a la ley 18401 y se agrava.³⁸ El legislador completó la desestatización de los procesos concursales de las empresas de intermediación financiera, en un proceso comenzado cuando la ley 9756 le adjudicó parcialmente la competencia al BROU, y proseguido en forma desorganizada mediante las leyes que le asignaron dicha tarea al BCR, regulada posteriormente en forma detallada por la ley 17613, y completado con la ley 18401, que terminó cualquier participación del Estado o cualquier persona pública estatal en la materia. En otras palabras, los concursos de estas empresas pasaron del Poder Judicial, la persona pública mayor, a dos personas estatales descentralizadas, el ente autónomo BROU primero y luego el ente autónomo BCR, para ir a dar a manos de la COPAB, una persona

³⁸ “En la liquidación judicial de la Ley 1.893 existe el juez, por una parte, y los síndicos provisorios y definitivos, por otra. En el sistema creado por la Ley vigente, para las entidades de intermediación financiera, el Banco Central del Uruguay oficia de juez y de síndico provisorio y definitivo a la vez, cumpliendo también con las funciones de la junta de acreedores. [...] Si el Banco Central del Uruguay procede a la liquidación, debe actuar como en una liquidación concursal común, aunque con las facultades, poderes y exigencias especiales contenidas en las leyes en análisis (artículo 15 Ley 17.613)”. (RODRÍGUEZ OLIVERA y otro: o. cit., p. 187.). Atento a los cambios introducidos por la ley 18401, las referencias hechas al Banco Central deben ser realizadas a la COPAB, de lo que surge claramente el ejercicio de estas atribuciones jurisdiccionales por parte esta y, por lo tanto, de la desestatización de la función jurisdiccional, dada la calidad de persona no estatal de dicho sujeto.

pública no estatal. Así es como nuestro legislador logró que el Estado se desentendiese de una tarea delicada y compleja, que por sus caracteres siempre se tuvo que practicar en momentos de gran conmoción social, y que le había sido cometida por el propio constituyente.

De lo que surge de los antecedentes legislativos de la ley en cuestión, el fundamento de esta reforma nefasta estaría en el objetivo de permitir que el Banco Central se centrara exclusivamente en sus cometidos de supervisión financiera y administración monetaria, dejando de lado otras actividades, como la liquidación bancaria, que le desvían energías y recursos, según lo expresado por Danilo Astori y Walter Cancela en la Comisión de Hacienda del Senado.³⁹

Más allá de que el argumento señalado por el exministro sea en sí mismo atendible, la solución que se le dio a esta problemática no es ajustada a derecho, y el país perdió así, aprovechando las discusiones para la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central, la oportunidad de haber corregido el vicio de que un ente autónomo ejerciese función jurisdiccional. Por el contrario, y tal vez sin apreciar sus consecuencias, se creó un dilema mayor, que solo puede solucionarse completamente mediante una reforma legislativa, y a la luz de los tiempos políticos del país, es fácil darse cuenta lo que habrá que esperar para poder ordenar nuestro ordenamiento infraconstitucional en esta materia.

No puede dejarse de señalar que, más allá del inconstitucional ejercicio de la COPAB de la función jurisdiccional, la situación que dio motivo a este trabajo es consecuencia de una preocupante tendencia legislativa a crear cada vez más personas públicas no estatales, y a lo que es aun más grave: a transferirle cometidos exclusivos del Estado. La ley 18401 es tal vez el ejemplo más relevante de esa tendencia, puesto que hasta el momento se habían transferido competencias administrativas, pero nunca jurisdiccionales, a estos peculiares sujetos de derecho. Si bien aquellas ya eran ejercidas por el Banco Central, y esto en sí mismo

³⁹ “Entre las cosas que ocurrieron, ya mencioné una: la severa crisis financiera que todos recordamos que, por otra parte, ha estado asociada a la necesidad de que el Banco Central encarara una cantidad de funciones que no estaban previstas originalmente y que se fueron acumulando. Alcanza con recordar no solo la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera propiamente dicha, sino también la Superintendencia en materia de Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional —que surgió en una ley aprobada precisamente un año después de la Carta Orgánica del Banco Central— la Superintendencia en materia de mercado de valores —asociándose a una cantidad de instrumentos financieros que el país había aprobado institucionalmente en los años previos— la Superintendencia en materia de seguros y, por si fuera poco, las funciones de liquidar Bancos. Todo ello se acumuló en el seno del Banco Central [...] Entonces, esta propuesta tiende —como enfatizaba el Señor Ministro— a precisar el mandato del Banco Central, concentrándolo en dos objetivos primordiales que refieren, uno de ellos, a la política monetaria propiamente dicha, cometiéndole al Banco el desarrollo de la misma con el fin de contribuir a mantener la estabilidad de los precios; y el otro, a la función del Banco Central como supervisor del sistema financiero y del sistema de pagos. Para esto se establecen atribuciones e instrumentos y una estructura básica que responde a lo que se ha relevado como las mejores prácticas a nivel internacional, teniendo en cuenta nuestra propia idiosincrasia legislativa, constitucional y también cultural”. Declaraciones de Danilo Astori y Walter Cancela respectivamente, en la Comisión de Hacienda del Senado, según el Distribuido 722/2006. URL: <http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20060772.htm> (24/3/2011).

era violatorio de la Constitución, ello no atenúa el vicio de inconstitucionalidad presente en dicha ley. Por más de que durante años el ente autónomo bancocentralista haya ejercido una competencia que la Constitución reservó al Poder Judicial, y aunque lo haya hecho eficazmente, el vicio de inconstitucionalidad se mantiene, puesto que no hay norma que lo haga prescribir o caducar. Y esto significa que el problema de las competencias liquidatorias de la COPAB no debe verse como una transferencia ilegítima o inconveniente de competencias del Banco Central, sino como una sustracción inconstitucional de atribuciones inherentes al Poder Judicial. En otras palabras, el centro de la cuestión no es si dichas funciones deberían haber sido retenidas por el Banco Central, a quien se le otorgaron en forma ilegítima, sino si era menester devolvérselas a los órganos judiciales.

4.3. LA FALTA DEL DEBIDO PROCESO EN LAS LIQUIDACIONES DE LA COPAB

Todo el desarrollo anterior no es una exposición teórica de un probable vicio de inconstitucionalidad inocuo. Donde verdaderamente radican todos los perjuicios de las reformas introducidas en la ley 18401 es en el cercenamiento de garantías que supone que un proceso concursal, de naturaleza jurisdiccional, sea llevado a cabo por una persona pública no estatal. Con la nueva ley, los involucrados en un proceso liquidatorio de una entidad de intermediación financiera quedan virtualmente en una situación de indefensión, puesto que están en manos de una persona jurídica con un sistema impugnatorio de sus actos que, ante la magnitud de la tarea que se le encomendó, resulta cuando menos insatisfactorio.

Cuando un sujeto que realiza intermediación financiera entra en una situación concursal, colisionan multitud de intereses en momentos dramáticos, y para corroborarlo basta recordar los eventos de 2002. Así entonces, por un lado están los derechos del concursado a un procedimiento dotado de las garantías del debido proceso y, por el otro, los de sus acreedores, entre los que se destacan especialmente los de sus ahorristas. La complejidad de la situación en juego y la pluralidad de derechos e intereses legítimos que se pueden lesionar exigen un proceso seguido con garantías por un tercero imparcial y controlado. Como quedó planteada la situación hoy, un proceso concursal tramitado por la COPAB no puede cumplir con tales exigencias.

Leyendo el artículo 16 de la ley 18401 surge que la persona que debe declarar el concurso de un banco (artículo 14 de la ley 17613, en remisión del literal J del artículo en cuestión) y tramitarlo es la misma que recibe sus aportes al Fondo de Garantía de Depósitos

Bancarios (literal C), le aplica sanciones (literal E), emite opinión previa antes de que el BCR pueda asistirlo (literal L) y antes de cualquier fusión o absorción (literal M).

Como se ve, la ley 18401 creó un concurso llevado a cabo por una entidad no estatal con intereses en juego en el proceso, al extremo de que la propia COPAB puede llegar a ser juez y parte, dado que, por ser quien recibe los aportes paratributarios de los bancos al Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios, reviste la calidad de acreedora del concursado.⁴⁰ Por si fuera poco, no es de descartar que la COPAB pueda intervenir causalmente en el origen de un proceso concursal bancario en el que luego deba entender como si fuese un juez. Supóngase que dos bancos van a proceder a fusionarse y la COPAB emite opinión favorable a dicha fusión, según lo preceptuado por el artículo 16, y luego, como consecuencia de ella, el banco fusionado entra en una situación que ponga en juego su solvencia o liquidez. Si se llega al extremo de que sea necesario declarar el concurso de dicha institución, la COPAB, que autorizó dicha concentración, será luego la que deberá llevar adelante un proceso concursal al que se llegó, en parte, por un acto suyo. A la luz de lo señalado, el compromiso de imparcialidad puede resultar difícil de ser mantenido.⁴¹

Reafirmando lo anterior, y aunque se disponga que le son aplicables las normas pertinentes de las leyes 16696 y 17060, es de notar que, de acuerdo a lo señalado en el inciso primero del artículo 18, el director debe ser elegido necesariamente de entre los propuestos por los bancos aportantes al Fondo, y esto significa que los mismos posibles futuros concursados pueden elegir, al menos en forma indirecta y parcial, quién contribuirá a prestar la voluntad que se imputará a la COPAB en la conducción del concurso.

Es cierto que el propio artículo 18 exige que los miembros del directorio sean personas independientes e imparciales, pero dichas calidades no solo deben asegurarse respecto de los titulares de los cargos, sino también del órgano o persona jurídica que ejerza la función jurisdiccional, puesto que no es suficiente en un sistema garantista que la objetividad de un

⁴⁰ Se ha sostenido que el hecho de que la entidad liquidadora tenga un interés financiero directo en un concurso bancario es una forma de asegurar que se tramite con rapidez, señalando expresamente la falta de imparcialidad como una característica inherente a los procedimientos administrativos de liquidación bancaria conducidos por la ya mencionada Federal Deposit Insurance Corporation. (Véase BLISS, Robert, y KAUFMAN, George: *U.S. Corporate and Bank Insolvency Regimes: A Comparison and Evaluation*, http://economix.fr/pdf/workshops/2007_faillites/Bliss-Kaufman.pdf, 28/03/2011.) En contraste con lo anterior, puede leerse a Abal: "La imparcialidad (que refiere a la 'imparcialidad estructural' señalada por BARRIOS DE ANGELIS al elaborar su concepto de jurisdicción analizado en la primer parte de la obra), indica que el sujeto no debe tener un interés específico en el objeto del proceso (como sí lo tienen los interesados principales: partes y gestores, que se verán directamente beneficiados o perjudicados según cuál sea la solución). Y ello porque cuando un sujeto tiene objetivamente interés en el resultado del proceso, no resultándole objetivamente indiferente el que se haga lugar o no a la pretensión, es natural que se encuentre subjetivamente inclinado a favorecer la posición que proteja más su propio interés (aunque el mismo no sea necesariamente consciente de ello)" (ABAL OLIÚ, Alejandro: *Derecho procesal*, tomo 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 234).

⁴¹ Además de todo lo expuesto, no existe forma de aplicar institutos procesales tuitivos de la imparcialidad como la recusación y excusación.

órgano jurisdiccional dependa exclusivamente de la personalidad de su titular. Si bien dicho aspecto es relevante, además de lo anterior es necesario contar con un andamiaje orgánico de la independencia de un tribunal, de modo que esta no quede al azar de la personalidad del ser humano que lo integra, el cual no es brindado por la ley, desde el momento en que le atribuye las competencias liquidatorias o concursales a la COPAB.⁴²

4.4. UN RÉGIMEN RECURSIVO DEFICIENTE

Pero lo anterior empalidece ante lo que sí es una verdadera violación de las garantías del debido proceso: el régimen recursivo de estos procesos concursales. Al encomendarse a una persona pública no estatal esta tarea, los actos emanados de ella en su realización no son por esencia ni administrativos⁴³ ni jurisdiccionales, atento a que nos encontramos ante declaraciones de voluntad que no provienen de una persona estatal. Por ello, la única forma de impugnarlos es mediante los recursos de reposición y revisión jerárquicas ante la COPAB y la acción de declaración de ilegitimidad ante los tribunales de apelaciones civiles (artículos 28 a 30).

Esta vía pseudoadministrativa es ostensiblemente insuficiente para garantizar los derechos de las partes de un proceso concursal de la magnitud y complejidad que puede tener el de un banco. Véase que todos los que pueden ser perjudicados por los actos de la COPAB dictados durante la tramitación concursal deben primero permitirle su revisión, para recién entonces pasar a la primera oportunidad de acceder a un órgano auténticamente jurisdiccional durante todo el concurso, al deducir la acción de declaración de ilegitimidad. Esto significa que un proceso que por su naturaleza y desde su concepción debió siempre haber sido seguido ante órganos judiciales, recién en la oportunidad de la impugnación de los actos de la COPAB se permite dar intervención a los órganos del Poder Judicial, y en una sola instancia. Por lo tanto, la ley 18401 autoriza el acceso de los justiciables a ser escuchados por un órgano jurisdiccional solo como un último recurso, después de agotar una falsa vía administrativa, y en instancia única, dado que el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil es irrecurrible.

⁴² “El Estado (persona mayor de Derecho Público) aparece a primera vista como el sujeto más desligado de toda conexión los intereses específicos comprendidos en el objeto de los procesos. Sería el típico ‘tercero imparcial’” (ABAL OLIÚ: o. cit., p. 235).

⁴³ “Las decisiones que dictan los órganos de las personas públicas no estatales no son actos administrativos. La noción de acto administrativo supone necesariamente una administración pública que formula la declaración de voluntad constitutiva de aquel, y los órganos de las personas públicas no estatales no son administraciones públicas en el sentido que le asignamos a esa expresión” (SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, 1959, p. 237).

Como se puede apreciar, este sistema, además de violentar la estructuración orgánica de la función jurisdiccional según lo dispuesto por la Constitución, supone la negación de los derechos de acceso a la jurisdicción y de tutela jurisdiccional efectiva para el concursado y sus acreedores, en tanto, en un asunto que por su naturaleza debe seguirse ante órganos judiciales, se priva a estos de conocer en él. Un presupuesto de los derechos citados es que existan órganos jurisdiccionales que entiendan en los asuntos que se ponen a su conocimiento. No puede existir acceso a la jurisdicción, ni tutela efectiva de los derechos por esta, si directamente el legislador constriñe inconstitucionalmente la competencia de los órganos jurisdiccionales impidiendo que estos conozcan en asuntos que por naturaleza les corresponden.

Esto significa que, en los momentos en los que se decide la suerte de una institución de intermediación financiera, el deudor y sus acreedores solo tendrán una mínima dosis de garantía jurisdiccional, en la forma de un único recurso ante un tribunal de apelaciones, sin posibilidad de impugnación alguna. Toda la tramitación de los concursos de empresas de intermediación financiera queda en manos de una persona no estatal, que no puede por su naturaleza jurídica y su organización proporcionar las garantías del debido proceso, en tanto no se prevé un sistema de recursos adecuado, ni se garantiza la imparcialidad e independencia de su accionar. Todo ello en violación de la Constitución, que con buen fundamento le había atribuido esta misión al Poder Judicial.

Lo paradójico de esta regulación es que de por sí produce una gran inseguridad jurídica aun cuando no se interponga recurso alguno, porque la COPAB, en principio, puede rever sus actos cuando quiera, y cuantas veces quiera. Ello es posible porque, si bien se le atribuyó función jurisdiccional en forma tácita, no puede imprimirse a sus actos el máximo atributo de esa función, la cosa juzgada, y por ende nada veta una hipotética posibilidad de que los revoque de oficio, a su criterio. Por si fuera poco, y en tanto ni siquiera se está en el ámbito estatal, por lo que sus actos no son administrativos, las postulaciones doctrinarias sobre la limitación de la revocación *ex officio* no son aplicables.⁴⁴

4.5. LA SUPRESIÓN DE UN ACTO ESTATAL POR UNA ENTIDAD NO ESTATAL

Resta detallar una última y gravísima inconstitucionalidad producida por la ley 18401, en lo que se refiere a la protección de los actos jurídicos de los poderes estatales. El

⁴⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *Contencioso administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, pp. 185-192.

principio de la separación de poderes o de las funciones jurídicas se basa en que los actos de un determinado poder del Estado no pueden ver limitada su eficacia por otros actos estatales, salvo cuestiones de legitimidad.⁴⁵ La ley en estudio acierta un duro y novedoso golpe a este axioma del derecho constitucional cuando expresa que la COPAB tendrá *in totum* las competencias que le acordaba la ley 17613 al BCR, y entre ellas se cuenta la que le permite levantar los embargos trabados por el Poder Judicial.⁴⁶ Al igual que el sistema de liquidación administrativa, esta norma ya era inconstitucional cuando quien estaba a cargo era el Banco Central, pero con la ley 18401 adquiere un nuevo cariz. Ahora ya no estamos ante un acto de un poder estatal, o de otra persona estatal, que ataca la eficacia de un acto de otro poder, sino que el acto atacante ni siquiera proviene del Estado, sino de una persona pública no estatal. Esto implica que una entidad que no integra el Estado puede suprimir un acto estatal, concretamente un acto proveniente del Poder Judicial, y nada menos que un embargo.

La norma supone subyugar los actos de un Poder Estatal ante una persona ni siquiera prevista en el acto constitucional, motivo que bastaría para reputarla ilegítima. Pero a ello deben añadirse sus implicaciones respecto al principio de jerarquía normativa de los actos estatales y la propia teoría general del Estado. En efecto, esta ley impone reconsiderar todo el marco de los actos del Estado para comprender, si es que ello es posible, cómo se admite la supresión de su eficacia por entidades que no lo integran. Esta ley parecería redimensionar el concepto de la separación de poderes, esencial en un Estado constitucional moderno, para otorgarle un nuevo alcance, puesto que ahora ya no solo hay que cuidar que los actos de un poder no sean atacados por los de otro, sino que no sean afectados por las personas públicas no estatales. Así entonces, el Estado, una persona jurídica soberana, con el poder como elemento esencial, es aparentemente vulnerable a los actos de una entidad no estatal creada irónicamente por él mismo.

⁴⁵ “Que los actos expedidos por cada uno de los Poderes del gobierno no pueden ser extinguidos por los otros Poderes del gobierno. Esta segunda regla se comprende perfectamente en virtud del fundamento político de la separación de poderes que habíamos visto. Si lo que se quiere es, precisamente, evitar el riesgo de que un centro de autoridad abuse de su poder por falta de controles, el hecho de que alguno de esos Poderes del gobierno pudiese dejar sin efecto actos expedidos por otro de los Poderes del gobierno, lo pondría en una situación de predominio respecto a los otros. Ya tiene bastante cada uno de esos centros de autoridad que se llama Poderes con ejercer, en principio, una de las funciones del Estado, para que además se le permitiera extinguir actos expedidos por otro de los Poderes. [...] El sentido político que tiene esta 2ª regla según lo cual los actos emanados de cada uno de los tres Poderes no pueden ser extinguidos por los otros Poderes, es evitar que uno de los Poderes prevalezca sobre los otros y el sistema se convierta en la dictadura de este Poder. [...] La regla que define el concepto de separación de Poderes es la que establece que los actos expedidos por un Poder del gobierno no pueden ser modificados ni dejados de aplicar por órganos ajenos al Poder que los expidió, salvo por razones de ilegitimidad”. (CASSINELLI MUÑOZ: o. cit., pp. 172-173).

⁴⁶ Artículo 15 de la ley 17613, inciso 1: “El Banco Central del Uruguay, como liquidador, dispondrá de los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitaciones de especie alguna, sobre los bienes, acciones, derechos y obligaciones de las sociedades o empresas comprendidas en la liquidación, a cuyo efecto podrá levantar los embargos e interdicciones trabados”.

Son realmente increíbles las consecuencias que puede tener analizar la potestad de una persona pública no estatal de levantar los embargos decretados y trabados por el Poder Judicial, es decir, el Estado. Tal vez el Poder Legislativo no se percató de estos efectos al sancionar la ley 18401, pero lo cierto es que abrió el camino para el suicidio de la estatalidad. Es el propio Estado el que manifiesta no querer hacerse cargo de una tarea constitucionalmente conferida, y es el propio Estado el que para ello autoriza a una persona pública no estatal a destruir actos emanados de uno de sus Poderes. En este sentido la potestad atribuida a la COPAB de levantar embargos de oficio es un menosprecio para el Poder Judicial y la estructuración orgánica de la función jurisdiccional, puesto que se le confiere a una persona pública no estatal un poder del que carecen los mismos órganos judiciales, los cuales solo pueden levantar embargos trabados por sus similares, en virtud de los recursos que se interpongan ante ellos.

Queda claro entonces que la ley 18401 significó una forma inadecuada de descongestionar el BCR, con una regulación legal exigua e inconstitucional, y que alcanza a más sujetos de los que *prima facie* parecería, puesto que, si bien en la ley y en este trabajo se hace especial énfasis en los bancos, sus normas alcanzan también a otros sujetos que realizan intermediación financiera,⁴⁷ e incluso a sus colaterales,⁴⁸ por lo que el elenco de sujetos que pueden verse perjudicados por sus disposiciones aumenta en forma significativa.

⁴⁷ Artículo 1 del libro I de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero: "A los efectos de las disposiciones contenidas en esta Recopilación, las instituciones de intermediación financiera se clasificarán en las siguientes categorías: a) Bancos: son aquellas instituciones autorizadas a realizar las operaciones establecidas en el artículo 17 bis del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por los artículos 2 de la Ley N.º 16.327 de 11 de noviembre de 1992 y 14 de la Ley N.º 17.523 de 4 de agosto de 2002. b) Bancos de inversión: son aquellas instituciones autorizadas a realizar las operaciones a que refiere la Ley N.º 16.131 de 12 de setiembre de 1990. c) Casas financieras: son aquellas instituciones autorizadas a realizar cualquier tipo de operación de intermediación financiera, salvo las reservadas a los bancos y bancos de inversión. d) Instituciones financieras externas: son aquellas instituciones que realizan exclusivamente las operaciones a que refiere el artículo 4 del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982. e) Cooperativas de intermediación financiera: son las instituciones de intermediación financiera organizadas como sociedades cooperativas que operan exclusivamente con sus socios, con las condiciones de habilitación siguientes: e.1) con habilitación total: están autorizadas a realizar las operaciones establecidas en el artículo 17 bis del Decreto-Ley N.º 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por los artículos 2 de la Ley N.º 16.327 de 11 de noviembre de 1992 y 14 de la Ley N.º 17.523 de 4 de agosto de 2002. e.2) con habilitación restringida: son aquellas instituciones que, organizadas como sociedades cooperativas y operando exclusivamente con sus socios, están facultadas a efectuar las operaciones correspondientes a las cooperativas de intermediación financiera con habilitación total con las restricciones operativas establecidas en el artículo 38.16. f) Administradoras de grupos de ahorro previo: son las empresas, personas físicas o jurídicas, que organicen o administren agrupamientos, círculos cerrados o consorcios, cualesquiera sea su forma jurídica o la operativa que realicen, cuyos adherentes aporten fondos para ser aplicados recíproca o conjuntamente en la adquisición de determinados bienes o servicios y que realicen dicha actividad en forma exclusiva. g) Otras empresas financieras: g.1) Mediadores financieros". Esta norma ilustra los sujetos de derecho que se consideran empresas de intermediación financiera, y que por lo tanto quedan sujetos a la COPAB, y no al Poder Judicial, en caso de suscitarse una instancia concursal.

⁴⁸ Según lo dispuesto en el artículo 15, literal C, de la ley 18401.

5.

LAS INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY 18627

5.1. UNA NUEVA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES AL BANCO CENTRAL

Esta ley tiene dos problemas de constitucionalidad, uno actual y otro potencial, ambos presentes en su artículo 108:

(Liquidación). El Banco Central del Uruguay será liquidador, en sede administrativa, de las entidades indicadas en el artículo 106 de la presente ley que se encuentren en situación de insolvencia, pudiendo facultar a un tercero para que practique dicha liquidación.

La disolución de las sociedades y empresas y el consiguiente estado de liquidación serán dispuestos por el Banco Central del Uruguay.

El Banco Central del Uruguay dispondrá de los más amplios poderes de administración y disposición, sin limitaciones de especie alguna sobre los bienes, acciones, derechos y obligaciones de la liquidada. Las resoluciones del Banco Central del Uruguay en su carácter de liquidador serán recurribles en la forma prevista en el artículo 14 de la ley n.º 17613, de 27 de diciembre de 2002.

En lo no previsto por esta ley, será de aplicación lo que dispongan las normas que rigen la liquidación administrativa de las instituciones de intermediación financiera y subsidiariamente las normas generales que rigen en materia de concursos de sociedades anónimas o de los comerciantes, según corresponda.

Esta norma, según lo ya adelantado, extiende a las bolsas y mercados de valores (definidos en el artículo 86)⁴⁹ y otros intermediarios de valores (artículo 94),⁵⁰ el sistema de la liquidación administrativa del Banco Central, en el cual no estaban comprendidos, puesto que se regulaban por la normativa concursal general de la ley 18387. Como se expuso pre-

⁴⁹ Artículo 87 de la ley 18627: "(Definición). Las bolsas de valores y demás instituciones que constituyan mercados de negociación de valores de oferta pública, son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros los medios necesarios para que puedan realizar eficazmente las transacciones de valores mediante mecanismos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan de acuerdo con la ley y con la reglamentación que dicte la Superintendencia de Servicios Financieros. Podrán realizar las actividades conexas de cambio y mesa de dinero que realizan a la fecha de promulgación de esta ley. Asimismo, podrán realizar las actividades que sean necesarias para el adecuado desarrollo del mercado de valores, las que serán previamente autorizadas por la Superintendencia de Servicios Financieros".

⁵⁰ Artículo 94 de la ley 18627: "(Concepto y tipo de intermediarios). Se consideran intermediarios de valores aquellas personas físicas o jurídicas que realizan en forma profesional y habitual operaciones de intermediación entre oferentes y demandantes de valores de oferta pública o privada. Los intermediarios de valores que actúan como miembros de una bolsa de valores u otra institución que constituya un mercado de negociación de valores de oferta pública se denominan corredores de bolsa y aquellos que operan fuera de dichos mercados se denominan agentes de valores".

viamente, esta situación violenta la Constitución puesto que significa atribuirle a un ente autónomo el ejercicio de la función jurisdiccional, en forma similar a como se había hecho respecto de las entidades de intermediación financiera hasta la sanción de la ley 18401, por lo que todo el reproche de inconstitucionalidad realizado a aquellas leyes (en especial la 17613) es aplicable *mutatis mutandi* a la ley 18627.

Por otra parte, resulta desconcertante que la ley 18627 vuelva a conferirle funciones liquidadoras al Banco Central, de las que había sido despojado a fin de aliviarle su carga de trabajo, para que fuesen ejercidas por la COPAB. Parecería que con esta ley, el legislador, además de continuar removiendo funciones concursales del Poder Judicial en forma inconstitucional, estaría volviendo sobre sus pasos, al otorgarle nuevas tareas liquidatorias al Banco Central, luego de habérselas quitado un año antes.

5.2. HABILITANDO EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR UN TITULAR INDEFINIDO

El segundo problema radica en el hecho de que el titular de la labor concursal (aunque la ley se refiera a esta tarea como liquidación, debe entenderse por su contexto y temática, según lo que indica el último inciso del artículo 106, que lo hace con el sentido señalado en la nota 30), el Banco Central, pueda “facultar” a un tercero para que efectúe dicha liquidación, según lo señala el inciso primero del mencionado artículo. Esto significa que nuestro legislador llegó al extremo de permitir que “un tercero”, sea quien sea, pueda llegar a ejercer función jurisdiccional. De esta manera, no solo se le quitó una atribución jurisdiccional al Poder Judicial, sino que la ley 18627 le da al Banco Central un cheque en blanco, para que se la confiera a quien considere pertinente, puesto que la ley no le impone criterio alguno.

En efecto, la ley establece que el Banco Central será el liquidador; ello quiere decir, como se señaló, que entenderá en los procesos concursales de las bolsas, mercados y otros intermediarios de valores, y luego establece que *dicha* liquidación podrá ser facultada a un tercero; y por el empleo del vocablo *dicha* se expresa indudablemente que el eventual tercero tendrá las mismas facultades que el Banco Central, pues es la misma liquidación en la que es competente el ente autónomo. No se trata, por ende, de que se le confieran ciertas tareas accesorias o secundarias al tercero, sino que este será el liquidador en toda forma, es decir, un órgano concursal, con las mismas atribuciones puestas a cargo del Banco Central y que por norma constitucional le corresponderían al Poder Judicial.

Lo más preocupante de esta regulación no es el hecho ya señalado de que se haya violentado nuevamente las competencias constitucionales del Poder Judicial, sino el silencio del acto legislativo respecto a quién puede ser el tercero facultado por el Banco Central. La ley no establece qué calidades debe tener el tercero, cuándo se lo puede facultar y en qué condiciones. Ello parecería abrir la puerta a una gran discrecionalidad del BCR en la materia, que no puede ser regulada por decreto reglamentario alguno o circular bancocentralista. En efecto, no es posible confiar en que la reglamentación de dicha norma eche luz en este punto, puesto que en primer lugar no es posible regular esta materia, en la que necesariamente habrá derechos humanos limitados (artículos 7 y 10 de la Constitución) y regulación infralegal de un proceso (violándose así el artículo 18 de la Carta), a un acto administrativo, puesto que este sería inconstitucional por los motivos indicados, sin perjuicio del propio vicio de la ley que reglamenta.

La palabra *tercero* es de una amplitud tal que comprende a cualquier sujeto de derecho diferente al Banco Central y al concursado; por ende, esta reticencia legislativa autoriza que hasta un privado, e incluso una persona física, pueda ejercer tareas propias de la función jurisdiccional. Ello conduce a que con esta ley la función jurisdiccional no solo se haya extraído del Estado, como aconteció con la ley 18401, sino que ahora se abre la posibilidad de que se la extraiga del derecho público, dado que el legislador, en su silencio, permite que un sujeto de derecho privado desempeñe tareas jurisdiccionales.

Y ello lleva necesariamente a realizarse una pregunta: ¿qué naturaleza tendrán esos actos que emita el tercero durante el desempeño de sus tareas concursales encomendadas por el Banco Central? Si se trata de un sujeto de derecho privado, sus actos no son estatales, y por ende no serán legislativos, ni jurisdiccionales, ni administrativos, y por lo tanto, ¿cómo se impugnan en caso de que sean ilegítimos? Si ya se habían demostrado las graves deficiencias de la ley 18401, que llega a prever un régimen recursivo para los actos de la COPAB, es fácil imaginarse los problemas que plantea esta norma que nada dice sobre el control y la impugnación de los actos de ese tercero. Dado que el tercero interviniente no es un órgano judicial, los recursos del Código General del Proceso y la ley 18387 no son aplicables, y como tampoco es un acto administrativo, no corresponde aplicar los artículos 309 y 317 de la Constitución, salvo eventualmente que se entienda que el tercero es un delegado del Banco Central (ver *ut infra*). De esta forma, la ley crea un vacío legislativo que tal vez pueda ser integrado con las normas sobre recursos de las personas públicas no estatales, pero que en principio no arroja solución clara alguna, y que al igual que en el caso de la ley 18401, aunque probablemente en forma más aguda, no presenta suficientes garantías para los derechos del concursado y de sus acreedores.

La ley además no indica la naturaleza jurídica de la asignación de la facultad de liquidación a un tercero, y por ende no se sabe si es una transferencia plena y temporal de las competencias liquidatorias o si se trata de una delegación de estas por el Banco Central, lo que habilitaría, al menos en teoría, al imputársele los actos del tercero delegado al ente autónomo delegante, la posibilidad de acceder a la jurisdicción anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, previa interposición de los recursos pertinentes.⁵¹ Es de señalar, además, que esta posibilidad de delegar o transferir la función jurisdiccional es inconstitucional por otro argumento, en tanto no solo no prevé la Constitución dicha delegación, sino que a la entidad delegante no le está permitido el ejercicio de la competencia cuya delegación se autoriza.

Otra incógnita que surge de la lectura del artículo en cuestión es que al referirse la ley a un tercero, empleando un vocablo de una amplitud extrema, se abre incluso la posibilidad de que el tercero facultado por el Banco Central sea incluso una persona pública. De esta manera, si la entidad banconcentralista lo entendiésemos, podrían ser nombrados liquidadores el Estado, persona pública mayor, algún ente autónomo o servicio descentralizado, o incluso la COPAB, lo cual no sería inverosímil dado que por la ley 18401 ya tiene asignadas funciones de liquidador, con lo cual se combinarían todos los problemas de dicha ley con los que plantea el artículo 108 de la ley 18627.

Es evidente, por ende, que, aun cuando se reputase constitucional el ejercicio de las competencias liquidatorias por el Banco Central, lo que no resulta defendible es la posibilidad de su delegación o transferencia, y la amplitud con que se faculta al BCR para ello, al no indicar siquiera la naturaleza jurídica del tercero liquidador, quien puede ser prácticamente cualquier sujeto de derecho. Además debe señalarse que en el caso de que el BCR resuelva facultar al tercero, al materializar dicha decisión en un acto administrativo de aplicación al caso concreto del concursado en cuestión, se estaría violando la norma del artículo 18 de la Constitución, puesto que dicho proceso se estaría regulando por un acto infralegal.

5.3. UNA INSEGURIDAD JURÍDICA LESIVA DE LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

Tal vez se pueda considerar que la interpretación señalada es extrema, pero de lo que no surge duda es de lo que permite entender el tenor literal de la norma (artículo 17

⁵¹ Para que ello fuese posible, habría que admitir que se puede delegar la función administrativa a entidades no estatales, y que por su naturaleza, sus actos no revisten la calidad de actos administrativos.

del Código Civil), y sin perjuicio de su eventual legitimidad es indiscutible que una redacción legal que autoriza dicha lectura es inconveniente y de una lamentable calidad técnica, puesto que produce una gran inseguridad sobre dos puntos respecto a los que no puede haber dudas, como son quién ejerce la función jurisdiccional y cuál es el órgano competente en el concurso de una bolsa, mercado u otro intermediario de valores.

En otras palabras, de la lectura de la ley no es posible conocer de antemano cuál será la entidad que conocerá en el concurso de las entidades de su artículo 106. Y esto nos conduce a otro vicio de la ley lesivo del debido proceso, porque habiéndose asumido la naturaleza jurisdiccional, o al menos de necesaria tramitación jurisdiccional del concurso, la imposibilidad de saber con certeza el órgano competente en forma previa al inicio del trámite concursal, en conjunción con la eventualidad de que la designación del tercero facultado sea realizada luego de que la entidad de intermediación financiera, engendra la instauración, en los hechos, de un juicio por comisión, vedado por la Constitución en su artículo 19 y violatorio de los principios del derecho procesal.

En efecto, como la ley no exige que el tercero sea facultado en forma previa a la insolvencia de alguno de los sujetos comprendidos en ella, y atento a la norma del artículo 108, inciso 2, dicha designación previa no parecería posible, por lo que si el Banco Central resuelve facultar a un tercero para investirlo como liquidador, al ser esta designación *ex post facto* a la insolvencia del concursado, y a la declaración del estado de liquidación por el BCR, la entidad que entenderá en el proceso concursal liquidatorio actuará como un tribunal por comisión, dado que su competencia o su potestad para conducir el concurso le fueron encomendadas específicamente respecto de ese concursado, luego de los hechos que le dieron origen y de la intervención del Banco Central (la entidad con la competencia primaria en el punto).

Como se ve, la ley 18627 pretende regular un proceso concursal en un único artículo, y al hacerlo creó una norma que, además de inconstitucional, presenta graves problemas para la seguridad jurídica, en un tema en el que precisamente lo que necesitan el concursado y sus acreedores son garantías procesales que permitan resolver con certidumbre las cuestiones sobre sus derechos sustanciales.

6.

CONCLUSIONES

La ley 18401 y la ley 18627, gestadas con apenas poco más de un año de separación entre ambas, suponen la remoción parcial de la función jurisdiccional de la órbita estatal, que en el caso de la segunda llega a su posible extracción del derecho público, en menoscabo de las competencias que la Constitución asignó al Poder Judicial y, en consecuencia, removiendo al Estado, persona pública mayor, de su ejercicio.

Si bien, como se había señalado, Uruguay tenía una larga historia de problemas con el ejercicio inconstitucional de la función jurisdiccional en sede administrativa para los concursos de las entidades de intermediación financiera, estas dos leyes manifiestan una derivación grave de esa tendencia. Hasta ahora, el legislador había atribuido a órganos administrativos del Poder Ejecutivo, o de ciertos entes autónomos, cometidos propios del Poder Judicial, y la discusión pasaba por determinar si otros órganos estatales podían ejercer la función jurisdiccional. Con estas dos leyes, la duda que se plantea es la siguiente: ¿puede haber función jurisdiccional fuera del Estado?

Por lo que se ha expuesto, y a la luz de las normas de nuestra Constitución, la respuesta es negativa. La administración de justicia es un cometido esencial del Estado, y la Carta Magna lo atribuyó al Poder Judicial, salvo excepciones expresas, sin habilitar al legislador cualquier modificación del elenco competencial atribuido. De modo que, en respeto a dichas normas y al principio de especialidad de las personas jurídicas, estas leyes que extrajeron potestades judiciales para transferírselas a entidades no estatales —la COPAB en la ley 18401 y el BCR y los “terceros” facultados de la ley 18627— son inconstitucionales.

Ahora bien, todo vicio de inconstitucionalidad es grave, porque supone una ruptura del orden jurídico al desconocer la Constitución y una burla a lo expresado por el cuerpo electoral en el acto plebiscitario, pero uno podría preguntarse si este problema de jerarquía normativa es realmente lesivo de los derechos de los involucrados o si se trata solo de un vicio formal. Como se reseñó, las soluciones de las leyes 18401 y 18627 presentan graves problemas para los derechos de las partes, puesto que, al confiarse estos procesos concursales a entidades extraestatales, los mecanismos de contralor y de impugnación de los actos estatales, sean jurisdiccionales o administrativos, no les son aplicables.

Por otra parte, extraer la función jurisdiccional del Estado supone negar su esencia, puesto que la entidad no estatal que la reciba, aunque realice actos *materialmente*

jurisdiccionales, no será desempeñada por órganos estructuralmente imparciales y no podrá juzgar con calidad de cosa juzgada,⁵² ni mucho menos hacer ejecutar lo juzgado. Por ello, los derechos de los involucrados quedan en una situación de incertidumbre, y sin posibilidad de imponer su respeto coactivamente.⁵³ Así, al sustraerse esta función jurídica del ámbito estatal, no puede mantener sus atributos esenciales. En otras palabras, no hay función jurisdiccional fuera del Poder Judicial, salvo norma constitucional expresa, lo que significa que nadie además del Estado, la persona pública mayor, la puede desempeñar.

Esto lleva a que las transferencias operadas por las leyes 18401 y 18627, al traspasar tareas jurisdiccionales a entidades que por su naturaleza no pueden desarrollarla, suponen privar a los involucrados, como ya se señaló, de los derechos a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que los que resolverán sobre los derechos e intereses de los concursados y sus acreedores son órganos que ontológicamente no están capacitados para ejercer la función jurisdiccional.⁵⁴

Y esto produce a su vez una violación al derecho a la igualdad, puesto que no hay motivo razonable que justifique que las empresas de intermediación financiera y de valores se vean privadas de acceder a las garantías jurisdiccionales de la ley 18387 y el Código General del Proceso, cuando otros concursados sí pueden ampararse en ellas.

Como señaló Ross LECKOW, jerarca del Fondo Monetario Internacional, respecto al dilema de confiar o no los procesos concursales bancarios a los órganos jurisdiccionales: “Los políticos deben elegir entre la necesidad de liquidar un banco rápida y eficientemente por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de las partes afectadas por otro”.⁵⁵ Evidentemente, nuestro legislador optó por lo primero.

El proceso concursal de un banco o de una bolsa de valores es una instancia traumática para el Estado y sus habitantes. Se trata de empresas en cuya solvencia y subsistencia no

⁵² “La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada”. COUTURE: o. cit., p. 30.

⁵³ Nótese que el que puede requerir el auxilio de la fuerza pública según el artículo 168, n.º 23, de la Constitución es solo el Poder Judicial.

⁵⁴ Es bueno recordar otra cita de Couture: “La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales. El problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que ‘las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios’, se cumple de una manera meramente formal y externa [...]. En estos casos el proceso como instrumento de la justicia ha sido desnaturalizado. Se trata de saber si es posible, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de Estado de Derecho, evitar este mal. En otras palabras: si es posible tutelar el proceso para que el a su vez pueda tutelar el derecho” (COUTURE, o. cit., p. 121).

⁵⁵ Traducción libre tomada del trabajo *The IMF/World Global Bank Insolvency Initiative-Its Purposes and Principal Features*, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/mercant/pdf/8-436s.pdf> (28/4/2011).

solo están interesados sus socios y empleados, sino toda la sociedad, cuyo impacto económico no necesita mención.

Esas circunstancias, en las que los derechos de tantas personas están en juego y en las que se ha admitido jurisprudencialmente que los interventores bancarios puedan mentir,⁵⁶ exigen un proceso jurisdiccional con todas las garantías que la Constitución acuerda a las partes, y que estas leyes les niegan.

Lamentablemente, la única forma real de resolver esta problemática pasa por reformar las leyes 18401 y 18627, puesto que las posibles declaraciones de inconstitucionalidad que pudieran fallarse por la Suprema Corte de Justicia no presentan un remedio general y permanente a los graves vicios de estos actos legislativos. El Poder Legislativo deberá, entonces, retornar estos procesos concursales a los órganos designados constitucionalmente para entender en ellos, los juzgados letrados de concursos creados por el artículo 12 de la ley 17292, y además preocuparse por capacitar especialmente a los magistrados a cargo y a sus oficinas.

En efecto, la tarea compleja de entender en estos procesos no puede ser devuelta al Poder Judicial sin prepararlo especialmente a tales efectos; de lo contrario, el respeto de la norma constitucional se volvería impracticable. Es indudable que ello tendría una incidencia presupuestal considerable, pero debería comprobarse si no sería menor que la de crear una nueva persona pública no estatal,⁵⁷ o la de retribuir a un tercero.

Esta es la única forma de materializar la norma del artículo 233 de la Constitución en plenitud, asegurándole al Poder Judicial todo el espectro de jurisdicción que constitucionalmente le corresponde, y para que las desviaciones provocadas por las leyes 18401 y 18627, con su consecuente pérdida de garantías, no queden justificadas por la demora y la ineficiencia que muchas veces se atribuyen a los órganos judiciales, y que justificaron que las

⁵⁶ Sentencia n.º 169/2006 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno, en la que se entendió que “puede admitirse cierta mentira respecto de lo que podría ser la pervivencia y prosperidad” de un banco por parte de su interventor. Contra dicho fallo se interpuso recurso de casación, el que fue desestimado por la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 2/2008.

⁵⁷ “Desconozco las razones por las cuales ahora, cuando se están terminando las liquidaciones de los bancos afectados por la crisis del año 2002, se crea este nuevo organismo burocrático, especie de Banco Central de bolsillo, porque está hecho a imagen y semejanza del Banco Central, aunque es persona pública no estatal. La experiencia me indica que esto significa más secretarios, más asesores, más choferes, más porteros, más funcionarios, multiplicando los cargos y los gastos. Recuerdo que cuando integré el Departamento de Emisión del Banco de la República, funcionaba en la misma sala que el Directorio, con una docena de funcionarios afectados exclusivamente a ese fin; el resto de los servicios eran brindados por el Banco de la República. Pues bien, cuando se creó el Banco Central, pasó a un edificio de varias plantas, y hoy tiene cientos de funcionarios y ya le queda chico ese edificio, de manera que se elevaron los gastos en forma superlativa. Cuando se crea un directorio, enseguida se generan cargos de secretarios, porteros, choferes, auxiliares, asesores, etcétera”. Declaraciones de Daniel H. Martins en la Comisión de Hacienda del Senado, según el distribuido 2813/2008, <<http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20082813.htm>> (24/3/2011).

competencias concursales bancarias y de otras entidades financieras alrededor del mundo les fuesen removidas.⁵⁸

Por último, el problema planteado por las leyes analizadas, en lo que refiere a la debilitación y hasta supresión de las garantías de los acreedores de las instituciones de intermediación financiera concursadas, no solo tiene consecuencias en el plano de su adecuación constitucional, como lo demuestra la reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Octubre del corriente, recaída en el caso Caso Barbani Duarte Y Otros Vs. Uruguay; puesto que puede poner en entredicho, el cumplimiento los deberes internacionales de la República, asumidos al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos (aprobada por la Ley 15.737).⁵⁹

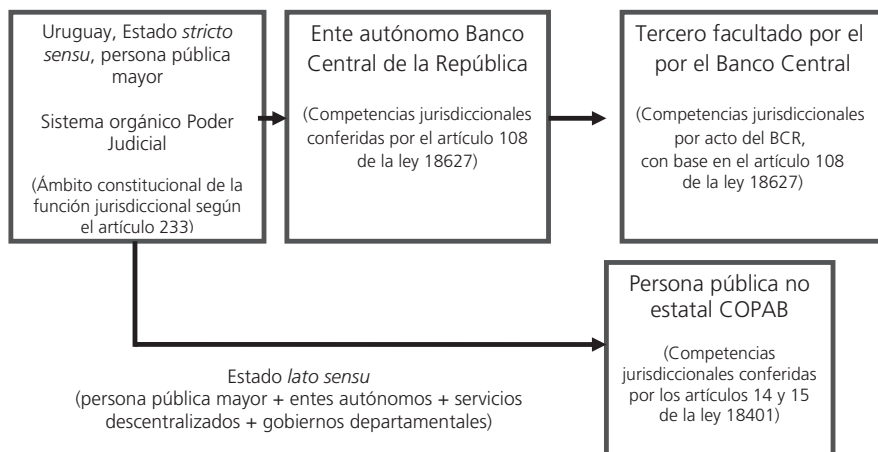
Si la Corte se expidió declarando que el Estado, violó la nombrada Convención, cuando todos los órganos intervinientes en los hechos relacionados que dieron origen a dicho fallo condenatorio, integraban personas estatales, es posible cuestionarse que fallaría si alguna vez tuviera la oportunidad de juzgar la adecuación de las Leyes 18.401, y 18.627 al Pacto de San José, considerando que en ellas, existen normas que directamente dejan afuera al Estado de ejercer sus competencias jurisdiccionales en la materia.

⁵⁸ “Si bien un sistema jurisdiccional puede asegurar una mayor responsabilidad y que los derechos de todas las partes afectadas sean adecuadamente protegidos, también puede ser inapropiado en países donde los procesos judiciales son generalmente lentos y los jueces carecen de la experiencia necesaria en asuntos bancarios”. Traducción libre del Informe del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial titulado *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/041709.pdf> (28/4/11).

⁵⁹ “232. Teniendo en cuenta todo lo resuelto en el presente capítulo, la Corte concluye que el Estado violó: a) el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las 539 personas que interpusieron una petición bajo el artículo 31 de la Ley 17.613, indicadas en el Anexo de la presente Sentencia (supra párrs. 133 a 142); b) el derecho a un tratamiento igualitario en relación con la garantía procesal de una debida motivación, protegidos en los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Alicia Barbani Duarte y del señor Jorge Marenales (supra párrs. 183 a 185); y c) el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Daniel Dendrinós Saquieres, Fabiana Lijtenstein, Jean Leroy, Martín Guerra, María Ivelice Gigli Rodríguez, Leandro Rama Sienra, Clara Volyvovic, Pablo Raúl Roure Casas, Marta Rodríguez Lois, Ángel Notaro, Alba Bonifacino y Thomas Máximo Neuschul, quienes interpusieron acciones de nulidad que no recibieron un examen completo por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (supra párrs. 218 a 220).” http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf, (23/11/2011.)

7.

ESQUEMA



En el esquema superior los recuadros de líneas sólidas indican los sujetos de derecho con ejercicio de la función jurisdiccional y las normas que se la atribuyen. El recuadro de líneas punteadas corresponde al Estado en sentido amplio, es decir, la persona pública mayor, y el resto de las demás personas descentralizadas estatales. Las flechas indican cómo se operó la extracción inconstitucional de las leyes 18401 y 18627, desde el Poder Judicial —y, por ende, desde el Estado *stricto sensu*— hacia otros sujetos de derecho.⁶⁰

⁶⁰ Vale recordar a Cajarville: “Si yo tuviera un pizarrón y estuviera en una clase, y pudiera graficarlo, diría: tenemos un centro que es el Estado persona pública mayor, luego tenemos un círculo envolvente donde incluimos un grupo donde personas a las cuales calificamos como estatales, y quedan fuera de ese círculo una cantidad de otras personas: todas las privadas, personas físicas y personas jurídicas de Derecho privado, y también estas personas públicas no estatales. En el círculo de las entidades estatales incluimos sin duda, en su centro, al Estado persona pública mayor, incluimos también sin duda a los Gobiernos Departamentales, y también sin duda a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados” (CAJARVILLE PELUFFO: o. cit., p. 715).

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL OLIÚ, Alejandro: *Derecho procesal*, tomo 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *Sobre derecho administrativo*, tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *Derecho público*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- *Derecho público*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo: B de F, 2002.
- DURÁN MARTINEZ, Augusto: *Contencioso administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- FRESSIA, María Gloria: “Proceso concursal”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, mvd: Amalio M. Fernández, 1971.
- MUCI FACCHIN, Gustavo, y otro: *Regulación bancaria*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- PARTELI, Maria Cristina: “Proceso voluntario”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y otro, *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 3, “Intermediación financiera y bursátil”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- *Manual de derecho comercial uruguayo*, vol. 6, “Derecho concursal uruguayo”, tomo 3, “Regímenes concursales aplicables a las sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos”, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomos I y II, Montevideo, 1953.
- TARIGO, Enrique: “Teoría general de los procesos voluntarios”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.